

## CLASS ACTION.\* UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE ACCESO A LA JUSTICIA \*\*

SUMARIO: 1. *Introducción*: a. *El problema*; b. *Los derechos y el acceso a la justicia*; c. *La class action. Una caracterización*. 2. *Legislación estadounidense. Comentario*: a. *Razón de orden*; b. *Presupuestos procesales*; c. *Procedencia de los procedimientos clase*; d. *Admisión. Notificaciones. Sentencia*; e. *Proveimientos durante la secuela del procedimiento*; f. *Desistimiento y transacción*. 3. *Características de la institución*. 4. *Los problemas*. 5. *Representación de ausentes*. 6. *Campos de aplicación*. 7. *La doctrina aplicable a los procedimientos clase*: a. *Razón de orden*; b. *El dogma de la comunidad de intereses*; c. *La teoría del consentimiento*; d. *La situación actual*.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### a. *El problema*

La complejidad impresionante de la vida contemporánea, heredera de la Revolución Industrial, origina conflictos que afectan no sólo a las personas individualmente consideradas sino a grupos numerosos de individuos que pueden constituir amplios sectores de la población. Informaciones dolosas perjudican a millares de pequeños ahorradores, productos alimenticios descompuestos dañan la salud de miles de consumidores; medicamentos defectuosos lesionan a multitud de pacientes; focos de contaminación afectan el *habitat* de millones de individuos; discrimi-

\* Instituto procesal a través del cual amplios grupos de individuos, unidos por intereses jurídicos comunes, defienden judicialmente sus derechos. En ocasiones, *class action* corresponde a lo que dentro de nuestra tradición procesal llamaríamos 'litis-consorcio'. En el presente trabajo traduciré *class action* como 'procedimiento clase' o 'juicio clase' según convenga.

\*\* En el presente trabajo sigo la exposición del comentario: "Developments in the Law —Class Action" (*Harvard Law Review*, vol. LXXXIX, núm. 7, mayo 1976, pp. 1318-1644); así como el artículo precedente "Developments in the Law —Multi-party Litigation in the Federal Courts" (*Harvard Law Review*, vol. LXXI, núm. 5, marzo 1958, pp. 875-995). Muy ilustrativos para nuestro propósito han sido los trabajos de Adolf Homburger: "State Class Actions and the Federal Rule" (*Columbia Law Review*, vol. LXXI, núm. 4, abril 1971, pp. 609-659), de Harry Kalven, Jr., y Maurice Rosenfield "The Contemporary Function of the Class Suit" (*The University of Chicago Law Review*, vol. VIII, núm. 4, junio 1941, pp. 684-721) y la nota de *Harvard Law Review*: "Managing the Large Class Actions: *Eisen vs. Carlisle & Jacquelin*" (*Harvard Law Review*, vol. LXXXVII, núm. 2, diciembre 1973, pp. 426-457).

naciones étnicas o sociales marginan a grandes capas de la población.

La debilidad del individuo frente a fuertes grupos económicos o frente al Estado ha venido modificando, en épocas recientes, las concepciones tradicionales del proceso jurisdiccional para ofrecer protección judicial a clases o grupos de personas contra la opresión de los grandes grupos económicos o la inactividad, incompetencia o corrupción de la administración.<sup>1</sup>

Existe la posibilidad de reclamaciones individuales; sin embargo, esta empresa enfrenta dificultades enormes que es preciso superar. ¿Cómo actuar ante las violaciones en masa cuando no es posible identificar a muchos de los potencialmente interesados? ¿Cómo legitimar a alguien para que en nombre del grupo interponga acción judicial? ¿Cómo representar ausentes? ¿Cómo notificar a los interesados? ¿Cómo demostrar el interés para actuar? ¿Cómo conciliar esta legitimación para obrar o esta representación con la institución de la *res iudicata*? ¿Cómo sustanciar el proceso?<sup>2</sup>

En respuesta a estos problemas el derecho procesal contemporáneo ha intentado tres tipos de soluciones: 1) creación de organismos públicos, parecidos al *parquet*, altamente especializados para la tutela de intereses colectivos; 2) extensión de la legitimación para obrar conferida a sujetos privados no personalmente perjudicados; 3) ampliación de los poderes del juez para juzgar sobre la *totalidad* del daño causado por el demandado y resolver afectando a personas no representadas en juicio o incluso, *erga omnes*.<sup>3</sup>

Muchas son las instituciones que han sido imaginadas para la defensa de intereses colectivos. Entre ellas pueden citarse la acción popular, el *ombudsman*, los organismos públicos de control y conciliación. Sobre este particular los experimentos en Estados Unidos son numerosos. Además de la subdivisión de las funciones del *Attorney General* en sectores especializados, han surgido oficinas administrativas, tales como la *Fe-*

<sup>1</sup> Sobre el particular, véase: Pelligrini Grinover, A., "La tutela jurisdiccional, dos intereses difusos", *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. XVI, núm. 13.

<sup>2</sup> Sobre algunos de estos problemas, véase: Figuereido Teixeira, Salvio, "Consideraciones y reflexiones sobre el derecho norteamericano" (trad. de Ignacio Medina) *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XXIX, núm. 113, mayo-agosto 1979, pp. 365-393.

<sup>3</sup> Para un claro entendimiento de este problema, véase: Cappelletti, Mauro, *Access to Justice, Vindicating the Public Interest through the Courts: A comparatist's Contribution*, Milán, Giuffrè, 1979, t. III, pp. 515-564; *id.* y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 5-153. Sobre la situación en México, véase: Ovalle Favela, José, "Acceso a las justicia en México", *Anuario Jurídico*, años III-IV, núms. 3 y 4, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976-1979, pp. 171-227.

*deral Trade Commission*, la *Food and Drug Administration*, la *Securities and Exchange Commission*, *Consumer Protection Agency*, etcétera. Igualmente han aparecido acciones populares para la defensa de grupos de afectados, como, por ejemplo, la *citizen action* para combatir la contaminación atmosférica. En este orden de ideas me parece que ninguna institución ha sido tan importante ni eficaz como la *class action*.

#### b. Los derechos y el acceso a la justicia

El mundo moderno ha hecho más selectivo el acceso a la justicia. Cada vez más, numerosos grupos de la población pierden, por decirlo así, la posibilidad de perseguir judicialmente sus derechos. Entre otros factores (tales como ignorancia, temor, falta de confianza), el costo que en tiempo y dinero exige el proceso jurisdiccional elimina de la composición judicial a un número muy elevado de individuos. Esto es particularmente grave en países pauperizados como México.

Los individuos que no pueden exigir judicialmente sus derechos (único medio institucional para hacerlos efectivos), *no son prácticamente, titulares de ningún derecho*. Los derechos constituyen una ventaja práctica para sus titulares, sólo cuando existen instituciones judiciales que los hacen efectivos.<sup>4</sup> No olvidemos lo que contundentemente señala una de las máximas más representativas del estado de derecho: *ibi ius ibi remedium* (donde hay un recurso judicial hay derecho). Donde los derechos no son judicialmente exigibles; éstos devienen simples palabras en un texto.

El limitado acceso a tribunales, acceso cada vez más selectivo, compromete necesariamente las doctrinas de la igualdad jurídica y de la igualdad ante la ley y, con ello, los principios del gobierno democrático.

Este fenómeno no es, estrictamente hablando, un hecho reciente. Se hizo patente en los años treinta, década de la crisis financiera. Fantasma que hoy, más que nunca, se encuentra presente entre nosotros. Esta situación se ha prolongado imposibilitando a un número, cada vez

<sup>4</sup> La estrecha relación entre el derecho subjetivo y la existencia de instituciones judiciales para su garantía lo he explicado en otro lugar ("The Functioning of Human Rights in the Legal System", Arnau, A.I., R. Hilpinen y J. Wróblewski [eds.], en *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, Duncker & Humboldt, Berlín, 1985, pp. 375-386 (*Rechtstheorie*, Beiheft 8). Estas tesis se encuentran expuestas en español en el capítulo relativo de mi libro. *El derecho y la ciencia del derecho (introducción a la ciencia jurídica)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986 [1984], pp. 64-78).

más elevado de individuos, el acceso a tribunales y la defensa de lo que, en principio, jurídicamente les corresponde.

La situación preocupa no sólo a juristas: preocupa también a estadistas y gobiernos interesados en diseñar procedimientos adecuados para que la creciente masa de administrados pueda acceder a la administración de justicia. Muchos han sido los instrumentos imaginados (asistencia judicial, defensorías, procuradurías, fiscalías del pueblo, etcétera). Estas instituciones se han visto desbordadas y no han constituido una solución frente a la masificación de potenciales justiciables. La poca eficacia de estas soluciones condujo a la creación y desarrollo de instituciones más idóneas. De entre ellas la *class action* ha probado gran eficacia.

### c. *La class action una caracterización*

El instituto procesal conocido como '*class action*' tiene viejos antecedentes medievales; sin embargo, su consolidación y desarrollo se produjo posteriormente en el dominio de la jurisdicción de *Equity*.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> *Equity* es una noción que proviene de la idea medieval de *King's conscience*. El rey inglés tenía el derecho (el cual data de tiempos sajones) de crear normas jurídicas donde no había y, así, podía decidir "en equidad". Con la expresión *equity* se entiende, dentro de la tradición del *Common Law*, un conjunto de reglas y principios desarrollados desde el medievo, los cuales eran aplicados por el *Chancellor* (el rey en su origen) y por los tribunales de la *Chancery*. El sistema jurídico del *Common Law* (sistema paralelo al romano germánico al cual pertenecemos) se desarrolló rápidamente dentro del marco de ciertas formas y procedimientos estrictos. Fuera del marco establecido, ninguna acción podía ejercerse, ningún recurso (*writ*) podía concederse. Los individuos que requerían de un alivio extraordinario tenían que dirigirse al rey y a su consejo. El conocimiento de tales peticiones fue prontamente delegado al *Chancellor*, más familiarizado con el trabajo judicial y con el otorgamiento de *writs* (orden o mandamiento judicial). El *Chancellor* pronunciaba soluciones *ad bonum et aequum*. Hacia el año 1400 varias leyes ampliaron las facultades del *Chancellor* consolidándose, así, la jurisdicción de *Equity*. En términos generales el mecanismo de *Equity* es el siguiente: Si se causa un perjuicio a alguien y no existe solución en los *writs* (acciones, en el sentido clásico) existentes, entonces se pide al rey (en realidad al *Chancellor* y luego a cualquier tribunal de *Equity*) su intervención para que proporcione una solución que los tribunales ordinarios (de *common law -id est, de estricto derecho-*) no pueden proporcionar. (Véase Langdell, C. C. "A Brief Survey of Equity Jurisdiction", en *Harvard Law Review*, vol. V, 1891; Spence, G., *Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, 1846; Wormser, René, *The Story of the Law and the Man Who Made it. From the Earliest Time to the Present*, Nueva York, Simon & Shuster, 1962, pp. 270; Walker, David M., *The Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 424-425; Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 199-200, véase *id.* pp. 200, n. 30 y 31, y 201-202, n. 32. Sobre el origen de las *class actions* como *equi-*

La *class action* presupone la existencia de un número elevado de personas; suficiente para pensar en una *clase* o grupo, un número tal que imposibilite la comparecencia de todos los miembros del grupo. El apartado 23 (a) (1) de *The Federal Rules of Civil Procedure* que regula este tipo de procedimientos, dispone, que por ejemplo, se puede actuar en nombre de todos los miembros de la clase: únicamente en casos en que "...la clase es tan numerosa que la comparecencia de todos los miembros se hace imposible...". Por otro lado, la sustanciación de una *class action* exige de una adecuada representación de los miembros del grupo (miembros identificados o ausentes).

Uno de los efectos inmediatos de este tipo de procedimientos es el impacto que produce en el público. No obstante que los intereses en litigio fueron estrictamente individuales (e.g. prestaciones y contraprestaciones en el contrato de transporte de personas), el procedimiento, en virtud de la suma de intereses y los efectos de las sentencias, adquiere un marcado interés general.

La *class action* es un procedimiento judicial que, aunque viejo en antecedentes ingleses, aquí nos referiremos fundamentalmente a su posterior desarrollo en Estados Unidos. Ciertamente, el significado de la expresión *class action* no se conforma con los usos del lenguaje ordinario, sin embargo, la idea de 'clase' es, relevante: con *class action* se alude a una *clase de cosas*. La expresión 'clase' claramente presupone que el procedimiento no se refiere a personas individualmente consideradas, se refiere *ab obvo*, a un grupo de interesados. '*Class action*' presupone cierta *clase* de casos o litigios susceptibles de ser sustanciados en un solo juicio, una *clase* de litigios que, como señala la doctrina estadounidense, son susceptibles de un *class treatment* (de un tratamiento común).<sup>6</sup>

Varias son las funciones y propósitos que en la actualidad realizan los *procedimientos clase* —como en lo sucesivo los denominaré—, Podemos ver procedimientos clase, por ejemplo, en casos como los siguientes: (1) cuando un proceso con independencia de su inicio individual) afecta a terceros que no son parte, los cuales, en razón de los intereses que se ventilan, pueden formar un grupo o *clase* de individuos (i.e. los despojados, los afectados, etcétera); (2) cuando la sentencia que ha de pronunciarse en cierto proceso (como quiera que se haya iniciado) es posible que genere una potencial responsabilidad de alguien o de algunos

*table bills of peace*, véase: Chaffee, Z., "Bills of Peace with Multiple Parties", *Harvard Law Review*, vol. XLV, 1932, pp. 1297.

<sup>6</sup> 'Clase' en este contexto, consecuentemente, no se refiere a estrato social en el sentido que le da la teoría social.

(y, por ende, gran número de potenciales obligaciones patrimoniales, *i.e.*, restitución, reparación, etcétera) con respecto de varios individuos que, en razón de esa circunstancia, forman un grupo o clase (consumidores, derechohabientes, etcétera); (3) cuando se conoce de una multiplicidad de procesos similares (en este caso el procedimiento *clase* funciona como un eficiente instrumento para la acumulación procesal —más que *clase* de contrapartes, existe una *clase* de procesos cuyo *petitum* y *causa petendi* son similares—); (4) cuando se acumula un número significativo de demandas similares que participan de cuestiones comunes de hecho o de facto) permitiendo la división a *pro rata* del costo del juicio entre muchos litigantes, haciendo posible un proceso, ahí donde, de otra forma, no se hubiera podido entablar. Este es el caso de los procedimientos *clase* de consumidores (*consumer class suits*).<sup>7</sup>

## 2. LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE. COMENTARIO

### a. Razón de orden

En esta sección me propongo comentar casi literalmente (*quod litteris exstat*) al tenor de las disposiciones que regulan la sustanciación de un procedimiento *clase* en el fuero federal en Estados Unidos. El legislador estadounidense, en 1966 modificó *The Federal Rules of Civil Procedure* y en su artículo 23 (*Rule 23*) dio a los procedimientos *clase* la siguiente fisonomía.

### b. Presupuestos procesales

En la sección (a) del artículo mencionado se dispone que uno, o más miembros de una *clase*, puede demandar o ser demandado en carácter de representante de la *clase* y actuar en nombre de todos los miembros, sólo en los siguientes casos: (1) cuando la *clase* es tan numerosa que la comparecencia de todos los miembros es prácticamente imposible, (2) cuando existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a la *clase*, (3) si las acciones y excepciones de los representantes de la *clase* son las acciones o excepciones típicas de la *clase*, y (4) si los representantes protegen justa y adecuadamente los intereses de la *clase*.

<sup>7</sup> Kolven H. Jr., y M. Rosenfield, "The Contemporary Function of Class Suits", *cit.*, pp. 648 y ss.; Weinstein, J., "Revision of Procedure: Some Problems in Class Action", *Buffalo Law Review*, vol. IX, 1960, pp. 437 y ss.

### c. *Procedencia de los procedimientos clase*

En la sección (b) del mismo artículo establece que una demanda puede dar inicio a un procedimientos clase si los presupuestos de la sección (a) son satisfechos y aparecen, además, las siguientes circunstancias:

(1) que la sustanciación de procesos separados iniciados por, o en contra de, individuos miembros de la clase pudiera crear el riesgo de que: (i) se pronuncien varias sentencias inconsistentes que afecten a individuos miembros de la clase, los cuales pudieran establecer obligaciones incompatibles para la contraparte de la clase, o (ii) se pronuncien sentencias que afecten a individuos miembros de la clase, que prácticamente dispongan de los intereses de los miembros ausentes, o que disminuyan sustancialmente la posibilidad de defensa de sus intereses o la impidieran;

(2) que la contraparte le la clase haya actuado, o se haya rehusado a actuar sobre fundamentos que son, generalmente, aplicables a la clase, haciendo con ello apropiada una sentencia definitiva que ordene el desagravio (reparación) o la correspondiente sentencia absoluta, con respecto a la clase considerada como un todo;

(3) que el tribunal encuentre que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que sólo afecta a los miembros individualmente y que el procedimiento clase es mejor que cualquier otro medio disponible para una justa y eficiente solución de la controversia.

De conformidad con las subsecciones del apartado que comentamos las cuestiones relevantes del juicio son:

(i) el interés que correspondería a los miembros de la clase en la sustanciación de acciones separadas bajo control individual; (ii) el alcance y la naturaleza de cualquier proceso que conozca de controversias ya iniciadas por, o en contra de, miembros de la clase; (iii) la conveniencia o inconveniencia de la concentración de las acciones en un determinado foro; (iv) las dificultades que presumiblemente habrán de encontrarse en al sustanciación de un procedimiento clase.

### d. *Admisión. Notificaciones. Sentencias*

Estos aspectos de la sustanciación del procedimiento se encuentran regulados en cuatro apartados de la sección (c) del mencionado artículo 23.

El primer apartado dispone que tan pronto como sea posible, después de interpuesta una acción clase el tribunal determinará su procedencia. La resolución que admite una acción clase puede ser condicional y es susceptible de ser modificada o adicionada hasta antes de la sentencia definitiva.

En cualquier procedimiento clase instruido en virtud de lo que dispone la sección (b) (3), relativo a las cuestiones comunes, el tribunal ordenará se notifique a los miembros de la clase, de la mejor forma posible dadas las circunstancias, incluso mediante notificación individual, a todos aquellos miembros de la clase que puedan ser identificados mediante un esfuerzo razonable. El mismo apartado en su parte final señala el contenido que debe tener la notificación. Esta notificación pondrá en conocimiento de cada miembro de la clase: (i) que el tribunal podrá excluirlo de la clase si así lo solicita en un plazo determinado, (ii) que la sentencia, favorable o no la clase, obligará a todos los miembros de la clase que no hayan sido excluidos y (iii) que cualquier miembro de la clase que no haya sido excluido puede, si lo desea, comparecer en juicio a través de su abogado.

El tercer apartado de la sección (c) se refiere a la sentencia y a los efectos con respecto a los miembros de la clase.

De conformidad con esta disposición, la sentencia en un procedimiento clase instruido de conformidad con lo que disponen los apartados (b) (1) o (b) (2), sea o no favorable a la clase, resolverá sobre los individuos a los cuales el tribunal considere miembros de la clase. Cuando la sentencia de un procedimiento clase es instruido sobre la base de lo que establece el apartado (b) (3), sea o no favorable a la clase, señalará a los que fueron notificados, de conformidad con lo que dispone el apartado (c) (2), mencionará también, a aquellos que no solicitaron ser excluidos y resolverá quienes son considerados miembros de la clase.

El último apartado de la sección (c) prevé la subdivisión del procedimiento. A este propósito este apartado señala que cuando así convenga (se entiende a juicio del tribunal) una acción puede dar comienzo a: un procedimiento clase respecto de cuestiones determinadas, o ser dividida en subclases y cada una de ellas ser sustanciada como una clase. En estos casos las disposiciones de este artículo, deben ser interpretadas y aplicadas de forma a satisfacer esta circunstancia.

#### *e. Proveimientos durante la secuela del procedimiento*

Durante la secuela del procedimiento clase, el tribunal puede emitir resoluciones para determinar el curso del procedimiento e impedir re-

peticiones indebidas y confusiones en el ofrecimiento y desahogo de las pruebas o en la presentación de los alegatos. Asimismo, con objeto de proteger a los miembros de la clase, el tribunal puede dictar todo tipo de resoluciones con objeto de notificar a algunos, o a todos, los miembros de la clase, en cualquier etapa del procedimiento, del alcance previsto de la sentencia, de la oportunidad que tienen los miembros de la clase para manifestarse sobre la inadecuada representación y, si es el caso, interponer reclamaciones o excepciones o intervenir, de cualquier otra forma, en el proceso.

Por otro lado, el tribunal está facultado para imponer condiciones a los representantes o a sus apoderados, así como para requerir que los autos sean agregados al expediente para eliminar alegatos sobre la representación de personas ausentes con el objeto de que el procedimiento avance adecuadamente. En la sustanciación del proceso el tribunal puede tomar todo tipo de medidas para resolver otras cuestiones procesales similares.

Las resoluciones tomadas por el tribunal pueden ser modificadas o adicionadas si así fuere necesario. (Las peculiaridades del procedimiento—sus dificultades inherentes— hacen indispensable una dirección flexible por parte del tribunal).

#### *f. Desistimiento y transacción*

En razón del interés de todos los miembros de la clase, el desistimiento o la transacción en un procedimiento clase no pueden llevarse a cabo sin la aprobación del tribunal. En caso de desistimiento o de transacción se notificará a todos los miembros de la clase, en la forma en que el tribunal lo determine, de los términos del desistimiento o de la transacción propuestos.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN

El legislador estadounidense quiso evitar cualquier formulación abstracta. Concentró su atención en los problemas prácticos. Tuvo particularmente en cuenta las dificultades que podrían surgir si se tuviera que sustanciar por separado los procesos iniciados por los miembros de la clase. La concepción de la sentencia en este procedimiento se guía por la idea de que en un procedimiento clase la sentencia se dirige, a la *clase como un todo*. De conformidad con los principios de economía y celeridad procesal y la posibilidad de un mayor acceso a la justicia; el

legislador tuvo presente, también, la economía de tiempo, esfuerzo y costo que un procedimiento clase debe procurar, así como la uniformidad que la decisión judicial tiene que satisfacer.

Estas cuestiones constituyen, rasgos característicos de los procedimientos clase.

#### 4. LOS PROBLEMAS

Varios son los problemas que enfrenta un instituto procesal de este tipo. Tres son, a mi juicio, los más importantes. El de la procedencia o admisibilidad del procedimiento; la conformidad con el principio constitucional de legalidad procesal (*due process of law*) y el efecto formal y material de cosa juzgada de las sentencias que se pronuncien en procedimientos de este género.

El primer problema en este tipo de procedimientos lo constituye la resolución sobre la procedencia del procedimiento clase. El tribunal tendrá que resolver si se cumplen las condiciones formales y materiales que la ley procesal establece para abrir un procedimiento clase (además de las condiciones generales de procedibilidad). El tribunal debe determinar, antes que nada, la existencia de una clase de individuos, los que en su calidad de miembros de dicha clase, se oponen a una contraparte común.

Esta primera fase se divide básicamente en dos partes: la primera se inicia con la interposición del escrito por el cual se solicita al tribunal considere la procedencia del procedimiento clase y termina con la resolución judicial que lo admite, si es el caso. Esta etapa puede sustanciarse en diligencia preparatoria, por vía incidental o, en ciertas circunstancias, obviarse (cuando el procedimiento constituya la única vía o por discreción judicial). La segunda etapa tiene como objeto hacer pública la radicación del procedimiento clase señalando los pormenores del juicio con objeto de poder identificar a los miembros de una clase. El tribunal, después de hacer público el inicio del procedimiento y de haber notificado a los presuntos miembros de la clase, debe admitir a juicio a todos los miembros de la clase. En esta oportunidad el tribunal conocerá de la "petición de exclusión" que interpongan los miembros de la clase que así lo manifiesten, dejando a salvo sus derechos. Una de las más importantes resoluciones que el tribunal pronuncia durante esta etapa es la que determina la forma de protección de los (miembros) ausentes.

## 5. REPRESENTACIÓN DE AUSENTES

En cuanto al interés de ausentes que se hace presente en los procedimientos clase es pertinente hacer algunas consideraciones. Esta imagen de intereses "no representados" en el juicio no debe extrañar. De hecho, todo proceso de interés público (*e.g.* litigios sobre derechos humanos en los que la administración es parte, contenciosos fiscales, acciones de estado civil) inevitablemente afecta los derechos o intereses de individuos que no están representados en juicio. No debe pues sorprender que la presencia de "intereses no representados" sea un rasgo característico de los procedimientos clase. Puede afirmarse que en muchos de estos casos, en virtud de que el tribunal tiene que calcular el impacto de su sentencia en los individuos no partes, ésta es, en mucho, un "compromiso"; compromiso en el que es necesario tomar en cuenta los intereses ausentes. De conformidad con la doctrina de la igualdad jurídica, los intereses de los ausentes (de hecho, los más imposibilitados para comparecer, las más de las veces por carencia de recursos o ignorancia) deben ser considerados no en abstracto "ante la ley" sino, en su concreta aplicación judicial. Una resolución judicial tiene que tratar como iguales a todos aquellos que son titulares del mismo derecho. Los tribunales, al resolver la controversia, se encuentran bajo la obligación, derivada del derecho sustantivo (que hace a los miembros de la clase derechohabientes) de considerar a los ausentes. No es pues extraño que la determinación del procedimiento para "registrar los intereses ausentes" constituya uno de los momentos procesales esenciales en los procedimientos clase.

## 6. CAMPO DE APLICACIÓN

El público normalmente asocia los procedimientos clase con la protección del consumidor. Esta asociación no es del todo errada. La protección al consumidor mediante procedimientos clase es, de hecho, una de las formas de este tipo de procedimientos que más literatura ha producido. La doctrina ha analizado riesgos, ventajas, problemas, efectos prácticos, etcétera de los procedimientos clase en los cuales se "acumulan" muchas reclamaciones que de otra manera resultarían de muy poca cuantía como para iniciar el juicio (o cuyo costo individualmente considerado, en tiempo y dinero, impiden a grandes grupos de la población su persecución judicial). No se puede negar que este tipo de asociación resulta muy familiar ni tampoco se puede negar los beneficios que estos procedimientos han producido en cuanto a la protección judicial

de los derechos y al acceso a la justicia. Las estadísticas muestran a cientos de miles de personas que, de otra manera no hubieran podido hacer efectivos sus derechos, han podido acceder a tribunales y verse beneficiados de protección judicial.<sup>8</sup>

Los procedimientos clase se revelan altamente eficientes también en otros campos. Particularmente significativa es su función en litigios contra la administración.<sup>9</sup> ¿Cuántas personas están en posibilidad de litigar contra el fisco? ¿No acaso resultaría impráctico que un individuo emprendiera, de forma individual, un litigio en contra de la administración para exigir judicialmente la protección de un servicio público? (por ejemplo: prestación de servicios municipales, control del medio ambiente, etcétera). El procedimiento clase es un instrumento probado de control de la administración y un medio apto para la consecución del Estado de bienestar; un medio para la implementación de las decisiones establecidas en normas programáticas.

Especial relevancia tienen los procedimientos clase en la defensa de los "derechos" y "libertades" constitucionalmente establecidos. ¿Cuántos son aquellos, particularmente en países como el nuestro, que pueden contar con medios para acceder a la jurisdicción constitucional? ¿Qué acaso los afectados sin recursos no son miembros de la clase de agraviados? ¿Qué no han sido lesionados en su interés jurídico? Es claro que aquí el procedimiento clase no busca una satisfacción económica. Su existencia es de gran significación política. Constituye un procedimiento que elimina una ignominiosa *capitis diminutio* que padece el ciudadano de pocos recursos. Ciertamente, el procedimiento clase no resolverá los problemas materiales de grandes capas de la población, pero devolverá parte de la dignidad ciudadana a muchos individuos.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> "The Rule 23(b) (3). Class Action and Empirical Study", *Georgetown Law Journal*, vol. LXII. 1974.

<sup>9</sup> Véase el excelente artículo de Abram, Chayes, "The Role of the Judge in Public Litigation" *Harvard Law Review*, vol LXXXIX, núm. 7, mayo 1976, pp. 1281-1316.

<sup>10</sup> Únicamente la aplicación judicial puede hacer que las disposiciones de la constitución sean algo más que meras máximas de moral política. Los "derechos" de los ciudadanos se convierten en frases de oropel a no ser que los tribunales puedan intervenir para hacerlos efectivos. En un Estado donde no existe la posibilidad de reclamar judicialmente los derechos ciudadanos, en realidad no existen; su verdadero carácter es, cuando más, el de proclamas políticas; y si alguna fuerza tienen, ésta deriva de estar formalmente inscritas en el documento constitucional. Cuando los "derechos" otorgados por un texto constitucional no pueden ser protegidos judicialmente, esa parte de la constitución desaparece. (Sobre las características de los derechos, véase mi artículo: "The Functioning of Human Rights in the Legal System, *op. cit.*, así como el capítulo respectivo de mi libro: *El derecho y la ciencia del derecho*, *cit.* pp. 64-78.)

Un mecanismo de este tipo, podía extender los beneficios de una sentencia de amparo a aquellos que no pueden "pagar" el acceso a la justicia constitucional.

No pretendo decir que los demás derechos de naturaleza patrimonial no sean importantes. Todos lo son en diversa medida, pero lo significativo es la existencia de un instrumento de defensa accesible. Nadie es más marginado que el que no puede defenderse, el que tiene que soportar el daño, la afrenta, la espoliación y, lo más grave; la humillación de verse explotado.

## 7. LA DOCTRINA APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS CLASE

### a. *Razón de orden*

Voy a reseñar las explicaciones doctrinales más significativas que dan cuenta de los procedimientos clase. Ciertamente muchos principios que gobiernan el proceso se aplican a estos procedimientos. Aquí me refiero

La garantía de los "derechos ciudadanos" ha sido tema del constitucionalismo desde la temprana edad media. Pero los reclamos del constitucionalismo sólo son posibles mediante el *funcionamiento* de específicas instituciones políticas. El constitucionalismo proclama un mínimo de "libertades", "facultades" o "derechos", pero para ello no sólo necesita de una instancia que les otorgue *id est*, de una constitución, sino de una institución que los proteja. Sin la jurisdicción constitucional los "derechos", "libertades" y "facultades" del ciudadano son frases vacías. (Sobre este particular, véase mi libro: *Introducción al estudio de la constitución, cit.*, pp. 69-71, 77-87; 164-185; especialmente 197-208 y 277-278.)

La historia del constitucionalismo y del derecho constitucional muestra que la verdadera libertad existe ahí donde existen tribunales, a los cuales los individuos tienen fácil acceso.

Cuando los actos que interfieren los "derechos" prácticamente no existen. No basta una jurisdicción (constitucional), es necesario que se tenga acceso a ella. Quien no tiene acceso a tribunales, prácticamente, no tiene derechos. (Su contraparte —por desgracia la administración o el fisco— generalmente sabe que no puede hacer uso de ellos.)

En suma: cuando no existe una jurisdicción constitucional a la que fácilmente accedan los individuos, no existen libertades ni derechos constitucionales.

Nada parece mejor para compendiar estas líneas que las palabras de Hans Kelsen (1881-1973), genio creador de la Corte Constitucional de la República Austriaca:

"Una constitución a la que le falta la garantía (jurisdiccional)... no es plenamente obligatoria en sentido técnico aunque, en general, no se tenga conciencia de ello... Una constitución en la que los actos inconstitucionales se mantienen válidos [las violaciones de los derechos]... equivale, más o menos..., a un deseo sin fuerza obligatoria."

("La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional" Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Jurídico*, año I, núm. 1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 510.)

únicamente a aquellas doctrinas o teorías que sólo a ellos se aplican. Dos son las "teorías" más importantes; a saber: la 'teoría de la comunidad de intereses' y la 'teoría del consentimiento'. Estas "teorías" (doctrinas o dogmas), aunque fundamentalmente diferentes, explican diversos aspectos de los procedimientos clase y, en cierta medida, me parece, pueden considerarse complementarias.

### b. *El dogma de la comunidad de intereses*

La teoría de la comunidad de intereses se encuentra estrechamente relacionada con la jurisdicción de *Equity*. Esta teoría constituye la justificación doctrinal de la primera etapa de los procedimientos clase, estrictamente considerados. Tradicionalmente la doctrina de los procedimientos clase parte de la idea de que una clase, para todos los propósitos del proceso, tiene que constituir una unidad.<sup>11</sup> La doctrina, sin embargo, no logró formular un criterio de unidad que gozará de aceptación general. Para unos, la unidad reside en el hecho de que todos los miembros de la clase *participan* de "un mismo derecho"; para otros, la unidad existe ahí donde todos los miembros de la clase tienen la misma acción (pretensión) que ejercer. En cuanto a la idea de participar de un mismo derecho, piénsese, por ejemplo, en múltiples derechohabientes de una misma contraprestación, como en el caso del transporte masivo de pasajeros. En lo que a la idea de tener la misma acción que ejercer, piénsese en la exigencia de responsabilidad por los daños sufridos por varios individuos como consecuencia del mismo hecho ilícito. (Esta diferencia es más visible dentro de la tradición del *Common Law* que dentro de la tradición romana germánica, menos judicialista).

Como quiera que se justifique la unidad procedimental de la clase (participar de un mismo derecho o tener una misma acción que plantear), el elemento fundamental, la condición de un procedimiento clase, lo constituye, el dogma de: *la comunidad de intereses* en todos los aspectos del procedimiento.

Las decisiones judiciales de principios del siglo XIX fuertemente sugieren que el criterio para determinar la comunidad de intereses lo constituía, precisamente, la *indivisibilidad* de intereses (e.g. beneficios comunes indivisibles). Una conocida sentencia señala: "para permitir al actor actuar en su favor y en el de todos aquellos que se encuentran en la misma relación que él, con respecto del objeto del proceso, tiene que ser manifiesto que el desagravio que espera para él es, en su natu-

<sup>11</sup> Langdell, C. C., "A Brief Survey of Equity Jurisdiction", *cit.*

raleza, igualmente benéfico para todos aquellos a quienes él representa".<sup>12</sup>

Según el dogma de la comunidad de intereses, la clase constituye una entidad diferenciada. La existencia de la clase deriva de la naturaleza del derecho o de la pretensión —*claim*— que alegan los pretendidos miembros de la clase. La unidad *no deriva del consentimiento* de los miembros de la clase ni de la discreción judicial. (Cabe señalar que estos aspectos son superados por el derecho a ser excluido y por las facultades que puede tener un tribunal para sustanciar un procedimiento clase.)

Una vez que la comunidad de intereses es determinada, el concepto de 'clase' cobra relevancia. De ahí, todos los efectos son "clasistas"; los procedimientos clase afectan intereses de clase, no intereses individuales. Con respecto a los intereses de la clase, los miembros son "homogéneos", *todos* se encuentran en la "misma" situación.

La existencia independiente de la clase, parece vincular los procedimientos clase con ciertas instituciones medievales, tales como: la posesión *pro indiviso* (*joint tenancy*), en que los individuos eran considerados "como si, juntos, constituyeran una persona, una unidad ficticia".<sup>13</sup> Sin duda, los procedimientos clase, como señalé, tienen antecedentes en el derecho feudal, los cuales preceden a los tribunales de *Equity*.<sup>14</sup>

Los procedimientos clase de principios del siglo XIX, tal y como surgen en Inglaterra, constituyen a mi juicio, una fórmula de transición. Tienen la función de proteger grupos sociales que pudieran representar una comunidad de intereses. Al torgar a estos grupos capacidad procesal, se les confiere, *ipso facto*, una estructura jurídica.

En Estados Unidos los procedimientos clase comenzaron a proliferar y adquirieron una nueva fisonomía. John Story, a finales del siglo pasado, señalaba, sin embargo, que un procedimiento clase podía ser iniciado "cuando las partes (al menos una de ellas) sean muy numerosas, aunque tengan, o puedan tener, independientes y distintos intereses".<sup>15</sup>

La doctrina estadounidense quería que los tribunales de *Equity* insustituyeran procedimientos clase que pudieran acumular numerosas accio-

<sup>12</sup> *Grey vs. Chaplin*, 57, *English Report*, 348, 350 (Ch. 1825).

<sup>13</sup> Véase: Cause, A. J. (ed.), *American Law of Property*, II, 6.1. Para apreciar la similitud de la *joint tenancy* con las *class actions*, véase la explicación que hace (Sir) William Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England* 10a. ed. Londres, A. Strahan, T. Cadell, in the Strand; y D. Prince, 1787, t. II, p. 179 y ss.

<sup>14</sup> Véase: Marcín, "Searching for the Origins of the Class Action" *Cath U. L. Review*, vol. 23, 1974, p. 515.

<sup>15</sup> Véase: *Commentaries on Equity Pleading*, 3a. ed. 1884, 97 p. 119.

nes (pretensiones), no obstante que fueran distintas e independientes y no satisficieran el criterio de la comunidad de intereses. Aún más, la doctrina exigía que se instruyeran procedimientos clase de distintas acciones, incluso hasta el grado de considerar intereses no representados en juicio, después de debida notificación a las partes para comparecer y hacerse representar.<sup>16</sup>

### c. *La teoría del consentimiento*

El dogma de la comunidad de intereses trató de ser limitado por la doctrina. Al lado de este dogma surgió la teoría del consentimiento que, en cierto sentido, constituye la antítesis de la primera. Esta teoría tomó como punto de partida el carácter individual de los intereses de los miembros de la clase. Para ésta, el miembro de la clase, no la clase, constituye la unidad fundamental. La existencia de la clase no resulta de la naturaleza del derecho en cuestión; *es un hecho contingente que surge como consecuencia del consentimiento de los miembros.*

La teoría del consentimiento no influyó en el legislador estadounidense de 1938 ni en el de 1966. Sin embargo, muchos juristas veían en el consentimiento de los miembros de la clase el fundamento que legitimaba el inicio de un procedimiento clase. La Suprema Corte de Estados Unidos en el comentado caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*<sup>17</sup> parece aceptar, al menos en parte, esta teoría, al señalar que los miembros de la clase deben ser individualmente notificados cuando se inicien procedimientos clase, de conformidad con el artículo 23 (b), inciso (3), de *The Federal Rules of Civil Procedure*.

La disposición 23 de este ordenamiento, tal y como había sido adoptada en 1938, regulaba los procedimientos clase claramente en conformidad con la teoría de la comunidad de intereses. La sección (a), justamente, permitía la sustanciación de procedimientos clase cuando la naturaleza del derecho que se buscaba hacer efectivo (por o en contra de la clase) fuera compartido o común. Sin embargo, la misma disposición permitía, también, la instalación de procedimientos clase cuando la naturaleza de los derechos era distinta... pero existía una cuestión común que afectaba los distintos derechos y se pretendía un desagravio común". De esta manera, aunque haciendo uso de la distinción entre (los mismos) derechos unidos o derechos diferentes (*joint and several rights*) el antiguo artículo 23 permitía procedimientos clase, aun en el caso de ausencia de comunidad de intereses. El legislador de 1938 otorgó

<sup>16</sup> Véase: Story, John, *Commentaries on Equity Pleading*, cit., 135 p. 167.

<sup>17</sup> Cfr. 417, US. 156 (1974).

a los procedimientos clase de cuestiones comunes un papel limitado. Para el legislador de 1938 este tipo de procedimientos constituían procedimientos clase "anómalos".<sup>18</sup>

Para la doctrina una decisión judicial pronunciada en un procedimiento clase de cuestiones comunes vincula únicamente a las partes y coagraviados, no a los ausentes. El problema de los ausentes es una característica definitoria de los procedimientos clase "anómalos", a través de los cuales se podían superar varios obstáculos procedimentales.

Poco después de la adopción de la disposición comentada habría de surgir un uso más ambicioso de los procedimientos clase "anómalos". La doctrina veía en los procedimientos clase de cuestiones comunes el instrumento para proteger a masas de personas afectadas por los ilícitos cometidos por grandes corporaciones, personas que, individualmente consideradas se encuentran en imposibilidad de asumir los gastos de un largo y complicado juicio. La doctrina, teniendo en cuenta sentencias favorables a la clase, sugería que los tribunales notificaran a los ausentes, invitándoles a intervenir, antes de la radicación del proceso, para que interpusieran sus propias pretensiones, y participaran, a *pro rata*, en las costas judiciales.<sup>19</sup>

Esta técnica se asoció con los procedimientos clase "anómalos". Desde entonces, el debate sobre estos procedimientos no giró más sobre las ventajas que éstos representan para superar obstáculos procedimentales sino sobre la conveniencia o inconveniencia de hacer de los procedimientos clase en cuestiones comunes instrumentos prácticos, por ejemplo, en materia de responsabilidad por hechos ilícitos. Esta técnica transformó la tradicional forma bipolar del litigio en una disputa de una clase mediante el mecanismo del consentimiento.

Los individuos se convierten en miembros de la clase sólo si así lo deciden e intervienen en el juicio. Toda vez que el consentimiento no se produce sino hasta después de la audiencia, los individuos deciden de su membresía con conocimiento de causa. *El particular no necesita evaluar la posibilidad de una adecuada representación en el procedimiento de la clase, sino únicamente juzgar si el proceso resulta suficientemente favorable para no intentar un procedimiento separado.*

Ciertamente, posponer la aceptación incrementa la carga procesal de la contraparte de la clase. La contraparte de la clase es responsable ante todos aquellos que escogen participar como miembros de la clase, en

<sup>18</sup> Véase: Moore, "Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by The Preliminary Draft", *Georgetown Law Journal*, vol. XXV, 1937, p. 1937.

<sup>19</sup> Véase: Kelven H. Jr., y M. Rosenfield, "The Contemporary Function of Class Suits", *op. cit.*, pp. 686-689 y 691-694.

caso de sentencia favorable a la clase, pero todos los individuos, salvo los representados en la clase, podían retener su derecho de demandar a la contraparte de la clase si el juicio no fuera favorable a la clase.

#### d. *La situación actual*

Las disposiciones sobre procedimientos clase fueron reformadas en 1966, en parte, para corregir ésta asimetría. Sin embargo, el requerimiento del consentimiento de los miembros de la clase, subsistió como característica definitoria de los procedimientos clase de cuestiones comunes relativos a problemas de responsabilidad (civil) por hechos ilícitos. La disposición reformada estableció que una decisión judicial pronunciada en un procedimiento clase de cuestiones comunes obliga a todos los miembros de la clase, con independencia de que la sentencia sea o no favorable a la clase. Los individuos son considerados miembros de la clase si, después de ser notificados de su membresía potencial, *no piden su exclusión* dentro de un determinado periodo de tiempo.

Los autores de la reforma, sin duda, vieron en los procedimientos clase de cuestiones comunes un medio de racionalizar el proceso. Un proceso en el que se ventila una cuestión común a muchas acciones (pretensiones) elimina la necesidad de desahogar la misma prueba en múltiples procesos y, de esta manera, incrementa la eficiencia general del sistema judicial. Más aún, si las causas tienen que ser oídas por diferentes jurados, los procedimientos clase representan una solución *práctica* para impedir sentencias no uniformes para idénticas pretensiones. Estas justificaciones son *desiderata* propias de un sistema judicial eficiente.

En lo que concierne a los justiciables, esto es, en lo que al problema del acceso a la justicia se refiere, el atractivo fundamental del procedimiento clase de cuestiones comunes reside en que la oportunidad de acumular pretensiones hace posible la disminución sustancial del costo del litigio, permitiendo, con ello, la persecución judicial de sus derechos a un número elevado de individuos que, de otra manera, se hubieran visto judicialmente desprotegidos. Asimismo, la acumulación de pretensiones dentro de un procedimiento clase permite a la clase un acceso eficaz (decoroso), asegurando la posibilidad de negociación y, por ende, de transacción judicial.

Es importante señalar que, en virtud de que el procedimiento clase de cuestiones comunes no puede iniciarse sin el consentimiento de los miembros de la clase, estos procedimientos se encuentran, en gran medida, subordinados al interés individual. Esta circunstancia evidencia una

actitud profundamente individualista. No existe un intento por fijar criterios para decidir cuando una representación de clase es suficientemente adecuada, por el contrario corresponde a cada miembro potencial decidir si sus intereses y los intereses de la clase representada se encuentran en armonía.

La teoría del consentimiento contraría así, el enfoque presupuesto por el dogma de la comunidad de intereses. La clase no es una entidad distinta sino un agregado de individuos. La opinión de los miembros de la clase en vez de ser irrelevante es decisiva.

Las teorías de la comunidad de intereses y del consentimiento representan dos respuestas al problema de la justificación de los procedimientos clase. Sin embargo, ninguna de las dos explica el funcionamiento ni el desarrollo del derecho aplicable a los procedimientos clase a partir de la reforma de 1966. En todo caso ambas teorías fueron el soporte doctrinal de dos tipos de procedimientos clase: (1) de aquel en que varios individuos participan de un mismo derecho y, constituyen por ello, una clase, con capacidad de actuar procesalmente; y (2) aquel en donde diferentes pretensiones, relacionadas por cuestiones comunes (de derecho o de hecho) permiten la aparición de una clase mediante el consentimiento de los actores.

En el primero de los procedimientos es donde el problema de los ausentes cobra particular relevancia —los ausentes son miembros de la clase por el mero hecho de participar del derecho—. Ésta, no obstante los ajustes introducidos por la presencia del consentimiento —nadie puede ser obligado a participar en un juicio—, sigue siendo la característica más manifiesta de los procedimientos clase.

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN